

Prof. Dr. Christian Koenig\*

## Anmerkung zum Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28. Juni 2016 – Az. BK5-16/012

### I. Problem

Die Deutsche Post AG (DPAG) trägt in letzter Zeit gegenüber der Bundesnetzagentur verstärkt vor, dass als maßgebliches Kostenbezugsdatum im Rahmen der Abschlagsverbotsprüfung nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG auf die langfristigen Zusatzkosten (inkrementelle Kosten) abzustellen sei, um Preisabschläge zu rechtfertigen. Dabei setzt die Argumentation der DPAG die inkrementellen Kosten als bloße Wegfallkosten an. Danach sollen die Entgelte für die Beförderung bestimmter Postprodukte nur noch die bei Wegfall dieser spezifischen Postprodukte kurz- bis mittelfristig abbaubaren Kosten decken, nicht aber deren Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung.

Demgegenüber geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass missbräuchliche Abschläge dann vorliegen, wenn die Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung i. S. v. effizienten Vollkosten nicht decken. Dass die inkrementellen Kosten im Sinne bloßer Wegfallkosten gedeckt werden, soll nach Auffassung der Bundesnetzagentur nicht ausreichen. Dies hat

die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss vom 28. Juni 2016 zur nachträglichen Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte für das Produkt „Impulspost“ („Impulspost“-Beschluss) bestätigt.

Dagegen führt die DPAG an, dass im allgemeinen Wettbewerbsrecht Preisabschläge erst dann als missbräuchlich (Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) anzusehen seien, wenn die zusätzlich anfallenden Kosten (inkrementelle Kosten im Sinne bloßer Wegfallkosten) inkl. eines angemessenen Gewinnzuschlags nicht gedeckt seien. Dieser Maßstab sei so auch in das TKG übernommen worden. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG muss das Entgelt einer Dienstleistung mindestens die langfristigen zusätzlichen Kosten plus angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals decken. Nach Auffassung der DPAG müsse im Postsektor das gleiche Kostenbezugsdatum für die Bewertung von missbräuchlichen Preisabschlägen gelten.

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten, welches der Verfasser im Auftrag der Postcon Deutschland B. V. & Co. KG erstellt hat.

Hiergegen wird von den Wettbewerbern der DPAG insbesondere eingewandt, dass im Falle einer Übernahme des telekommunikationsgesetzlichen Kostenbezugsdatums der inkrementellen Kosten in den Postsektor ebenso die entsprechenden Sicherungsmechanismen gegen missbräuchliche Preisabschläge, nämlich der Preis-Kosten-Scheren-Test (§ 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG) sowie das Entgeltkonsistenzgebot (§ 27 Abs. 2 TKG), entweder analog angewendet werden oder de lege ferenda in das PostG aufgenommen werden müssten.

## II. Entscheidung

Die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur hat in ihrem „Impulspost“-Beschluss entschieden, dass die Entgelte für das Produkt „Impulspost“ gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG verstoßen, da sie Abschläge enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem entsprechenden relevanten Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Ausgangspunkt der Bundesnetzagentur für die Abschlagsprüfung nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des regulierten Unternehmens i. S. d. § 20 Abs. 1 PostG. Soweit die DPAG die inkrementellen Kosten zum relevanten Maßstab der Abschlagsprüfung erheben will, verwirft die Bundesnetzagentur diesen Ansatz als mit dem PostG nicht vereinbar. Die Bundesnetzagentur und die ständige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>1</sup> leiten dies aus der Systematik der postgesetzlichen Vorschriften ab. Dies gelte auch, obwohl § 25 Abs. 1 PostG als Grundlage der nachträglichen Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte hinsichtlich des materiellen Maßstabs allein auf die Regelung des § 20 Abs. 2 PostG verweist. Aus der Binnenstruktur des § 20 PostG ergebe sich nämlich, dass Ausgangspunkt für die in Abs. 2 genannten Auf- und Abschlagsverbote allein die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des Abs. 1 darstellen können.<sup>2</sup>

Die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur arbeitet in ihrem „Impulspost“-Beschluss heraus, dass die Argumentation der DPAG anhand der Rechtsprechung des BVerwG zum TKG irreführend ist. Die von der DPAG angeführte Entscheidung vom 25. November 2015<sup>3</sup> bezieht sich nämlich auf die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe der Ex-ante-Entgeltgenehmigung und der Ex-post-Kontrolle nach dem TKG. Während diese unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe der Ex-ante-Entgeltgenehmigung und der Ex-post-Kontrolle erst im Jahre 2004 im Rahmen der seinerzeitigen TKG-Novelle eingeführt wurden, ist im geltenden § 20 PostG der einheitliche Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die Ex-ante-Genehmigung und die Ex-post-Überprüfung bis heute beibehalten worden, der noch § 24 TKG 1996 zugrunde lag.

Die Argumentation der DPAG im „Impulspost“-Beschlussverfahren mit der Rechtsprechung des BVerwG zum TKG 2004 ist irreführend, als das BVerwG auf diese Differenzierung besonders hingewiesen hat.<sup>4</sup>

Sodann legt die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur in ihrem „Impulspost“-Beschluss auch materiell dar, dass die inkrementellen Kosten kein Ausgangspunkt für die Abschlagsprüfung nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG sein können.

Die Argumentation der DPAG setzt die inkrementellen Kosten als bloße Wegfallkosten an. Danach decken die Entgelte für die Beförderung von Impulspostsendungen zwar die bei Wegfall des Dialogpostsegments kurz- bis mittelfristig abbaubaren Kosten (inkrementellen Kosten), nicht aber deren Kosten der

effizienten Leistungsbereitstellung. Zutreffend erkennt die Beschlusskammer 5 darin missbräuchliche Abschläge i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG. Denn durch den Wegfallkostenansatz bleiben die Wertschöpfungskosten als Äquivalent der langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung ungedeckt, womit die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer nicht vertikal integrierter Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigt werden, welche bestimmte Wertschöpfungsprodukte wie Teilleistungen aufgrund ihrer fehlenden vertikalen Integration bei der DPAG einkaufen müssen.

Die Ableitung eines inkrementellen Kostenmaßstabs aus der – seitens der DPAG ohnehin fehlinterpretierten – Rechtsprechung des EuGH zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ist nach der zutreffenden Analyse der Beschlusskammer 5 bereits im Ansatz verfehlt, weil die Vorschriften des spezielleren PostG zur sektorspezifischen Regulierung gerade für die Abschlagsprüfung nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG – unionsrechtlich zulässig – strengere Kostenmaßstäbe an Entgelte anlegen, um die Preisabschlagsspielräume des marktbeherrschenden Unternehmens strenger einzuschränken. Nur eine solche Versagung großer Preisabschlagsspielräume des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Ablehnung eines inkrementellen Kostenmaßstabs kann die Wettbewerbsverhältnisse in dem regulierten Postsektor verbessern.

Wenn die Möglichkeit zur Erwirtschaftung der langfristigen Kosten entscheidend für die Bereitstellung eines Dienstes im Rahmen einer Netzlogistik ist,<sup>5</sup> so müssen die langfristigen Zusatzkosten der bereitgestellten Dienste, einschließlich der weder kurz- noch mittelfristig abbaubaren Fixkosten für die Netzvorhaltung und den Netzbetrieb, auch Bestandteil der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sein.

Die Beschlusskammer 5 betont, dass die Kosten für die Netzvorhaltung und den Netzbetrieb angesetzt werden müssen, da Impulspostsendungen im Verbund mit anderen Produkten der DPAG in einem gemeinsamen Brieflogistiknetz befördert werden. Die Sortierung der Impulspostsendungen erfolgt nämlich ebenso wie die der anderen adressierten Sendungen in denselben Sortierzentren auf denselben Sortiermaschinen und die Impulspostsendungen werden im Verbund mit den anderen Brief-, aber auch Paket- und Pressedistributionssendungen sowie Postwurfsendungen befördert, für die dasselbe Zustell-

<sup>1</sup> Vgl. VG Köln, Beschl. v. 1.9.2011 – Az. 22 L 1011/11, Rn. 63 ff. (juris) (= NeR-Beilage 4/2011, 16, 18); OVG Münster, Beschl. v. 15.11.2011 – Az. 13 B 1082/11, Rn. 11 (juris) (= NeR 2012, 51, 52); für die Prüfung des Preishöhenmissbrauchs im Rahmen der postrechtlichen Entgeltgenehmigung vgl. BVerwG, Ur. v. 29.5.2013 – Az. 6 C 10.11, Rn. 28 (= NeR 2013, 281, 284); Ur. v. 5.8.2015 – Az. 6 C 8.14, Rn. 43 (= NeR 2015, 307, 311); so auch die Literatur, vgl. nur *Sedemund*, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. A., 2004, § 20 Rn. 18, 27, 29.

<sup>2</sup> Auch in den Gesetzesmaterialien werden die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Ausgangspunkt für die Preisbildung des regulierten Unternehmens insgesamt bezeichnet, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 24.

<sup>3</sup> BVerwG, Ur. v. 25.11.2015 – Az. 6 C 39.14.

<sup>4</sup> So BVerwG, Ur. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07, Rn. 68: „Nach § 31 Abs. 1 TKG sind Entgelte, die gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG genehmigungsbedürftig sind, grundsätzlich dann genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Dagegen gelten für die nachträgliche Regulierung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 38 Abs. 2 TKG die Maßstäbe des § 28 TKG. ... Im Unterschied zu der früheren Rechtslage, nach der sich die zu regulierenden Entgelte generell an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren hatten (§ 24 Abs. 1 TKG 1996), war mit der Neuregelung beabsichtigt, den nun geltenden § 28 TKG stärker an § 19 Abs. 4 GWB auszurichten (s. BT-Drucks. 15/2316 S. 67).“

<sup>5</sup> *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. A., 2000, § 3 TEntgV Rn. 15.

personal eingesetzt wird. Daraus folgert die Beschlusskammer 5 schlüssig, dass im Rahmen der Produktkalkulation nicht nur die direkten, ausschließlich für die Impulspostsendungen anfallenden Prozesskosten, sondern auch anteilige Netzkosten für Ressourcen und Einrichtungen nach dem Kostenverursachungsprinzip entsprechend der Nutzungsintensität in den betreffenden Produktsegmenten zuzurechnen sind,<sup>6</sup> auf die für die gemeinsame Produktion der verschiedenen Leistungen zurückgegriffen wird.

Eindeutig stellt der Gesetzgeber in den postgesetzlichen Entgeltregulierungsvorschriften ausdrücklich auf den Begriff der Leistungsbereitstellung ab, der gerade auch das Vorhalten der für das Angebot von Briefbeförderungsleistungen erforderlichen Netzkapazitäten umfasst.<sup>7</sup>

Auch arbeitet die Beschlusskammer 5 zutreffend das Fehlverständnis der DPAG von der Rechtsprechung des EuGH zum inkrementellen Kostenmaßstab heraus. Die DPAG setzt den inkrementellen Kostenmaßstab schon fehlerhaft mit einem Wegfallkostenansatz gleich. Dagegen hat der EuGH in seinem Urteil vom 27. März 2012 in der Rechtssache „Post Danmark I“ in die inkrementellen Kosten neben den variablen (Prozess-) Kosten auch anteilige allgemeine Kosten einbezogen.<sup>8</sup> Die inkrementellen Kosten beinhalten nach der Rechtsprechung des EuGH somit auch die Kosten für die Vorhaltung und den Betrieb des Netzes.

In diesem Vorabentscheidungs Urteil vom 27. März 2012 in der Rechtssache „Post Danmark I“ hat der EuGH die Vereinbarkeit einer Niedrigpreispolitik des den dänischen Markt für Postwurfsendungen beherrschenden Unternehmens Post Danmark A/S auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV a.F.) überprüft. Der Gerichtshof legt in diesem Urteil die durchschnittlichen Gesamtkosten – vergleichbar mit den erweiterten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 und 2 PostG – als maßgebliche Kostenschwelle für die Abschlagsprüfung zugrunde und schließt wettbewerbswidrige Preisabschläge erst aus, wenn die Entgelte die durchschnittlichen Gesamtkosten für die jeweilige Postdienstleistung überschreiten.<sup>9</sup> Zwar sind Entgelte unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten, die jedoch über den sog. inkrementellen Kosten liegen, nicht bereits automatisch wegen der Unterschreitung der durchschnittlichen Gesamtkosten missbräuchlich,<sup>10</sup> da nicht ausgeschlossen ist, dass die Preise von Wettbewerbern nachgebildet werden können. Der Gerichtshof verlangt dann allerdings eine besondere Prüfung von möglichen wettbewerbswidrigen Verdrängungseffekten von Preispolitiken ohne objektive Rechtfertigung.<sup>11</sup> Genau dieser bei Entgelten unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten einsetzende Prüfungsmechanismus entspricht dem gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG anzuwendenden Ansatz der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung.

Der Gerichtshof nimmt die inkrementellen Kosten nur in Bezug, um bei deren Unterschreitung eine Per-se-Missbrauchsschwelle – ohne die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung – zu definieren. Dies entspricht auch durchaus der älteren Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs seit der Entscheidung „AKZO/Kommission“ vom 3. Juli 1991.<sup>12</sup>

Damit erweist sich auch die Argumentation der DPAG mit der Rechtsprechung des EuGH als irreführend, da der Gerichtshof gerade die durchschnittlichen Gesamtkosten – vergleichbar den erweiterten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 und 2 PostG – als maßgebliche Kostenschwelle für die Abschlagsprüfung zugrunde legt. Grundsätzlich sind danach wettbewerbswidrige Preisabschläge erst dann

ausgeschlossen, wenn die Entgelte die durchschnittlichen Gesamtkosten für die jeweilige Postdienstleistung überschreiten. Eine inkrementelle Kostenunterschreitung begründet nach der Rechtsprechung des EuGH demgegenüber schon eine Per-se-Missbrauchsschwelle.

### III. Praxisfolgen

Die unmittelbaren Praxisfolgen des „Impulspost“-Beschlusses sind dadurch begrenzt, dass die Bundesnetzagentur eine klare Analyse und Bewertung des regulatorischen Kernproblems, nämlich der mannigfaltigen Preis-Kosten-Scheren-Befunde, vermeidet. Die Preis-Kosten-Schere taucht immer wieder in den unterschiedlichsten Produktformaten der DPAG und ihrer Tochterunternehmen auf, sei es bei dem „E-Post-Brief mit klassischer Zustellung“,<sup>13</sup> Großkundenrabatten oder bei Impulspostsendungen. Demgegenüber vermag es der von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegte, weitgehend statische Ansatz der Kostenschwelle der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung im Rahmen der Abschlagsprüfung nach § 20 Abs. 1 und 2 PostG alleine kaum, das Gebot wettbewerbskonsistenter Abstände zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten systematisch und dynamisch abzusichern. Die DPAG hat sich nämlich in den letzten Jahren als äußerst „kreativ“ gezeigt, in ihren unterschiedlichsten Produktformaten Preis-Kosten-Scheren sowohl vom Typ 1<sup>14</sup> als auch vom Typ 2<sup>15</sup> zulasten ihrer Wettbewerber zu bewirken. Dem lässt sich kaum effektiv alleine mit der statischen Kostenschwelle der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung begegnen.

Bedeutsamer als die unmittelbaren Praxisfolgen des „Impulspost“-Beschlusses sind die Signale an den Gesetzgeber, die von den Preis-Kosten-Scheren-Befunden ausgehen, welche in Produktformate wie Impulspostsendungen, den „E-Post-Brief mit klassischer Zustellung“ oder Großkundenrabatte eingehüllt werden. Die Verpflichtung der DPAG nach § 28 PostG, ihren Wettbewerbern den Zugang zu ihren Teilleistungen zu gewähren, lässt sich effektiv – nach dem Vorleistungsvorbild des TKG – nur erfüllen, wenn das Verbot des Preis-Kosten-Scheren-Missbrauchs sowie das Entgeltkonsistenzgebot im PostG ausdrücklich kodifiziert werden.

In diesem Sinne hat auch die Monopolkommission in ihrem gemäß § 44 PostG erstellten Sondergutachten Nr. 74 zum Postsektor vom 7. Dezember 2015 unter Tz. 246 (Handlungsempfehlungen an die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften) Folgendes angemahnt:

- 6 Vgl. auch Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.11.2015 – Az. BK5-15/012, S. 22 ff., 50 f.
- 7 Sedemund (Fn. 1), § 20 Rn. 36.
- 8 EuGH, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 31, 33 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) (= N&R 2012, 185, 187).
- 9 EuGH, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 36 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) (= N&R 2012, 185, 187).
- 10 EuGH, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 37 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) (= N&R 2012, 185, 187).
- 11 EuGH, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 44 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) (= N&R 2012, 185, 188).
- 12 EuGH, Slg. 1991, I-3359 = ECLI:EU:C:1991:286 (Urt. v. 3.7.1991 – Rs. C-62/86) – AKZO/Kommission.
- 13 Dazu Koenig/Meyer, N&R 2016, 98.
- 14 Eine Preis-Kosten-Schere vom Typ 1 liegt vor, wenn aus Sicht der Wettbewerber die zu zahlenden Entgelte für den Teilleistungszugang den Preis überschreiten, den das marktbeherrschende Unternehmen von Endkunden für die Ende-zu-Ende-Zustellung verlangt, so dass dann den Wettbewerbern die Erzielung einer Marge nicht möglich ist.
- 15 Bei Preis-Kosten-Scheren vom sog. Typ 2 verbleibt den Wettbewerbern zwar eine Marge; allerdings würde diese die im Zuge der Produkterstellung den Wettbewerbern anfallenden Kosten nicht decken.

„Ein Preis-Kosten-Scheren-Test analog zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie ein Entgelt-Konsistenzgebot analog zu § 27 Abs. 2 TKG sollten in das PostG aufgenommen werden. Hiermit würde der Problematik von Preis-Kosten-Scheren vor allem im Bereich des Zugangswettbewerbs angemessen Rechnung getragen und die Abschreckungswirkung des Verbotes von Preis-Kosten-Scheren erhöht.“<sup>16</sup>

Kräftigen Rückenwind hat diese Forderung der Monopolkommission von dem Kartellsenat des OLG Düsseldorf bekommen. Dieser hat in seiner Entscheidung vom 6. April 2016<sup>17</sup> die Beschwerde der DPAG gegen den Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2015<sup>18</sup> im sog. „Großkundenverfahren“ zurückgewiesen. Entscheidungsgegenstand waren die in dem angegriffenen Beschluss des BKartA sanktionierten, von der DPAG bestimmten Telekommunikationsunternehmen u. a. in Form von Werbevergütungen eingeräumten Entgeltermäßigungen für den Werbungsaufdruck des Posthorns mit dem gelb unterlegten Slogan „Zugestellt durch die Deutsche Post“ auf die Großkundenbriefe. Die Werbevergütungen zugunsten der Großkunden wurden dabei jeweils so kalkuliert, dass ein zuvor mit dem jeweiligen Großkunden vereinbarter rabattierter „Zielpreis“ erreicht wurde. Die so für die Großkunden rabattierten „Zielpreise“ lagen unter den von der DPAG ihren Wettbewerbern berechneten Teilleistungsentgelten, welche ihrerseits Großkundenbriefe von der DPAG zustellen lassen. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf macht in seiner Entscheidung vom 6. April 2016 sehr deutlich, dass diese „Zielpreisvereinbarungen“ zweifellos zu den vom BKartA festgestellten marktmachtmissbräuchlichen Preis-Kosten-Scheren führen. Die zwischen der DPAG und den Telekommunikationsunternehmen vertraglich vereinbarten Werbekooperationen verfolgten den Zweck, über die üblichen Mengenrabatte hinaus einen zusätzlichen Rabatt auf das Beförderungsentgelt zu gewähren, der dazu führte, dass die den Telekommunikationsunternehmen angebotenen Entgelte für die Ende-zu-Ende-Beförderung geringer als die marktüblichen Teilleistungsentgelte waren. Darüber hinaus hat der Kartellsenat des OLG Düsseldorf auch keine Zweifel, dass die vom BKartA festgestellten Treuerabatte bzw. Alleinbezugsbindungen missbräuchlich sind. Da die DPAG sowohl auf dem Teilleistungsmarkt als auch auf dem Markt für die Ende-zu-Ende-Beförderung von Briefsendungen angesichts ihrer hohen Marktanteile auf beiden Märkten, ihrer großen Finanzkraft und des Umstands, dass sie als einziges Unternehmen bundesweit flächendeckend Briefdienstleistungen erbringt, klar marktbeherrschend ist, trifft sie die in der Rechtsprechung des EuGH betonte Pflicht, potentiell wettbewerbsschädliche Wirkungen der Preisgestaltung, insbesondere Preis-Kosten-Scheren, zu vermeiden.

Den Vortrag der DPAG zur Duplizierbarkeit des Zustellnetzes der DPAG hat der Kartellsenat des OLG Düsseldorf als „weitab von einer Substantiierung“ verworfen. Ohnehin bliebe die DPAG selbst bei einer unterstellten Duplizierbarkeit ihres Zustellnetzes durch Wettbewerber nach § 28 PostG verpflichtet, ihren Wettbewerbern den Zugang zu ihren Teilleistungen effektiv zu gewähren.

Offenbar hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 6. April 2016 nun auch die Bundesnetzagentur im – in der Vergangenheit unter regulatorischer Lethargie leidenden – Postsektor auf den Plan gerufen, den Vorwurf der Preis-Kosten-Schere ernster zu nehmen als bisher. Noch in ihrem Be-

schluss vom 18. Dezember 2015 zum „E-Post-Brief mit klassischer Zustellung“ hatte die Bundesnetzagentur den Vorwurf der Preis-Kosten-Schere mit dem – den Amtsermittlungsgrundsatz verkennenden – Argument zurückgewiesen, dass die zuständige Beschlusskammer „noch nicht über eine Konzeption und ein sich daraus ableitendes Modell, das die Kosten eines ‚hinreichend effizienten Wettbewerbers‘ nachbildet“, verfüge.<sup>19</sup>

Zwar arbeitet die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur in ihrem hier besprochenen „Impulspost“-Beschluss vom 28. Juni 2016 weder den Preis-Kosten-Scheren-Test noch das Entgeltkonsistenzgebot heraus. Materiell kommt die Beschlusskammer aber nun zu dem richtigen Ergebnis. Sie begründet dies nur „konservativ“ de lege lata damit, dass der bloße Wegfallkostenansatz der DPAG, wonach die Impulspostentgelte zwar die bei Wegfall des Dialogpostsegments kurz- bis mittelfristig abbaubaren Kosten (inkrementellen Kosten) decken, nicht aber deren Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, missbräuchliche Abschläge bewirkt. Klarer wäre die Begründung aufgrund des Preis-Kosten-Scheren-Testes sowie des Entgeltkonsistenzgebotes. Denn durch den Wegfallkostenansatz bleiben die tatsächlichen Wertschöpfungskosten als langfristige zusätzliche Kosten der Leistungsbereitstellung auf der Endkundenentgeltebene unberücksichtigt, womit aufgrund des Fehlens eines wettbewerbskonsistenten Abstandes zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten die Wettbewerbsmöglichkeiten nicht vertikal integrierter Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigt werden, welche Teilleistungen bei der DPAG einkaufen müssen.

Sowohl die Entscheidung des OLG Düsseldorf als auch das Sondergutachten der Monopolkommission zum Postsektor – und letztlich auch der „Impulspost“-Beschluss der Bundesnetzagentur – machen ganz deutlich, dass Preis-Kosten-Scheren-Befunden sowie Entgeltinkonsistenzen nunmehr normativ systematisch – nicht nur regulatorisch sporadisch – durch Einführung eines Preis-Kosten-Scheren-Testes sowie eines Entgeltkonsistenzgebotes in das PostG de lege ferenda nach dem Vorbild der § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bzw. § 27 Abs. 2 TKG auf der Tatbestandsseite der einschlägigen (sowohl ex ante als auch ex post ansetzenden) Ermächtigungsgrundlagen des PostG begegnet werden muss.

Wenn die DPAG die Übernahme des telekommunikationsgesetzlichen Kostenbezugsdatums der inkrementellen Kosten nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG im Sinne bloßer Wegfallkosten in den Postsektor verlangt, so schießt sie sich jedenfalls ein argumentatives Eigentor, das ihre Torhüter aus der Lobbyabteilung kaum zu halten vermögen. Denn dann müssten im Sinne eines regulatorischen Minimums ebenso die entsprechenden Sicherungsmechanismen gegen missbräuchliche Preisabschläge, nämlich der Preis-Kosten-Scheren-Test (§ 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG) sowie das Entgeltkonsistenzgebot (§ 27 Abs. 2 TKG), de lege ferenda in das PostG aufgenommen werden, um die Preisabschlagsspielräume des marktbeherrschenden Unternehmens strenger und regulatorisch zuverlässiger einzuschränken, als dies das PostG bisher de lege lata gewährleistete.

<sup>16</sup> Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 74, BT-Drs. 18/7011, 119, 222 Tz. 246.

<sup>17</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 (V) (= N&R 2016, 313).

<sup>18</sup> BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12.

<sup>19</sup> Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15-032, S. 26.